



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

ROSÂNGELA RODRIGUES PEREIRA

**A EXIGÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A EXECUÇÃO DE
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE PELO ESTADO**

Brasília
2010

ROSÂNGELA RODRIGUES PEREIRA

**A EXIGÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A EXECUÇÃO DE
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE PELO ESTADO**

Projeto de monografia apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Msc. Eneida Orbage de Britto Taquary.

Brasília
2010

**Ao meu amor, representação de compaixão,
de tolerância, de abnegação e,
principalmente, de companheirismo.
Obrigada por tanta dedicação, compreensão
e colaboração. Vida longa pra você.**

RESUMO

Este estudo tem por escopo evidenciar a maneira como o judiciário brasileiro lida com a perspectiva positiva do princípio da proporcionalidade, hoje encarado, quase na totalidade dos casos, exclusivamente, como proibição de excesso. Ao se admitir a existência do lado objetivo dos direitos fundamentais, torna-se possível desvendar a proporcionalidade, também, como imperativo de tutela, de tal sorte que do Estado possa ser exigida a eficiente proteção e realização dos direitos fundamentais, inclusive em face de eventuais violações praticadas por particulares. Os métodos de que se lançará mão para a realização deste trabalho será a revisão bibliográfica amplamente pesquisada, por meio da qual, mostrar-se-á a existência de um viés positivo do princípio da proporcionalidade, além do estudo específico do HC nº 84.078/MG, oportunidade perdida pela jurisdição de dar vigência ao princípio da proibição de proteção deficiente pelo Estado. Como produto deste trabalho, tem-se que a proibição de execução provisória da pena privativa de liberdade quando pendentes de julgamento recursos desprovidos de efeito suspensivo, tais como o recurso especial e o recurso extraordinário, traz insegurança para a coletividade, pois permite a réus confessos e aos contumazes permanecerem em liberdade, mesmo após condenados em primeiro e segundo grau de jurisdição. É óbvio que o poder judiciário conhece a existência do princípio da proporcionalidade como dever do Estado de proteger e de efetivar os direitos fundamentais de maneira eficiente. Contudo, na atual conjuntura, em que não se tem um sistema prisional ressocializador, nem uma defensoria pública bem equipada, é explícita a opção do judiciário de fazer prevalecer o direito individual do cidadão à liberdade em detrimento do direito à segurança, garantido à coletividade pela Constituição Federal de 1988. A aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente pelo Estado já ocorreu em alguns casos pelo Supremo Tribunal Federal o que traz certa esperança de que esse tema seja trazido à lume e leve a uma maior prevalência dos direitos fundamentais da coletividade e, mais especificamente, do direito fundamental à segurança.

Palavras-chave: Pena privativa de liberdade. Proibição de execução provisória. Proibição de proteção deficiente pelo Estado.

ABSTRACT

This study intends to show how the Brazilian judiciary deals with the positive outlook of the principle of proportionality, seen today, almost in all cases, exclusively as a prohibition of excess. By admitting the existence of the objective side of fundamental rights, it becomes possible to unravel the proportionality, as well as mandatory trusteeship, to the extent that the State may be demanded to effective protection and realization of fundamental rights, even in the face of possible violations by individuals. The method utilized will be the review of widely researched bibliography, through which it will show the existence of a positive bias of the proportionality principle, beyond the specific study of the HC nº 84.078/MG and the jurisdiction's lost opportunity to give validity to the principle of prohibition of poor protection by the State. As a result of this work, we have that the ban on the temporary execution of the sentence of imprisonment, when resources devoid of suspensive effect, such as special and extraordinary appeal, are still pending trial, bringing uncertainty to the community because it allows the confessed defendants and reincidents to remain at liberty, even after convicted in the first and second degrees of jurisdiction. It is obvious that the judiciary knows the existence of the principle of proportionality as a State duty to protect and assure the fundamental rights efficiently. However, at this juncture, as the Judiciary does not have a prison system resocializing nor a well-equipped public defense, it is their explicit option to enforce the individual right of citizens to freedom at the expense of the right to security, guaranteed by the Constitution of 1988. The principle of prohibition of poor protection by the State has already appeared in some cases by the Supreme Court, which brings some hope that this issue be brought to light and lead to greater prevalence of the fundamental rights of the community, more specifically, the fundamental right to security.

Keywords: Deprivation of liberty sentences. Prohibition of provisional execution. Prohibition of poor protection by the State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 HABEAS CORPUS 84.078/MG	9
2 A DUPLA FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS DE DEFESA	24
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO IMPERATIVOS DE TUTELA	26
2.2.1 <i>A face positiva dos direitos fundamentais</i>	29
2.3 PROPORCIONALIDADE	31
2.3.1 <i>Natureza normativa da proporcionalidade e terminologia</i>	33
2.3.2 <i>A proporcionalidade como proibição de excesso</i>	35
2.3.3 <i>A proporcionalidade como proibição de proteção deficiente</i>	36
3 A PROIBIÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE	38
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2009, no julgamento do HC nº 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal bateu martelo no sentido da inconstitucionalidade da execução provisória de pena privativa de liberdade na pendência de julgamento de recurso desprovido de efeito suspensivo, por violação ao princípio da não culpabilidade.

Esse precedente torna explícita a intenção do julgador de proteger a dignidade do réu em detrimento da dignidade da vítima e do dever do Estado de prestação de segurança à sociedade, também alçado à condição de direito fundamental pelos artigos 5º, *caput*; 6º e 144; todos da Carta Magna.

Desse aparente conflito de valores constitucionais, eis que surge o questionamento objeto deste trabalho científico: o princípio da não culpabilidade deve prevalecer sempre sobre o princípio da proibição de proteção deficiente?

De difícil solução, tanto a doutrina quanto a jurisprudência são incipientes na abordagem do tema, de tal modo que a composição da controvérsia mostra-se distante, mesmo levando-se em consideração a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos.

No Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade não deve ser visto apenas como uma garantia negativa, consistente no dever de abstenção do Estado, isto é, na garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado (vedação de excesso). Há de ser visto, também, como garantia positiva, voltada à proteção e à realização desses mesmos direitos pelo Estado (imperativos de tutela).

Sob essa perspectiva, o Estado deixa de ser algoz dos direitos fundamentais e passa a ser o guardião deles, em observância ao papel compromissório e dirigente assumido pela Constituição Federal de 1988.

Dessa forma e partindo dessa premissa, tem-se que a atual onda garantista, sob o seu viés negativo, que domina, praticamente, todo o judiciário brasileiro e, principalmente, os tribunais superiores, faz olvidar a outra variante da proporcionalidade, qual seja, a proibição de proteção deficiente dos direitos

fundamentais pelo Estado ante os ataques perpetrados por terceiros ou por particulares.

À visão de cunho puramente liberal-individualista do princípio da proporcionalidade deve-se somar uma perspectiva garantista positiva, por meio da qual cumpre ao Estado, sob pena de inconstitucionalidades, atuar no sentido da realização dos direitos fundamentais, bem como, e principalmente, protegê-los de toda sorte de violações advindas do próprio Estado, de particulares, ou até de outros Estados.

Da realidade exposta, surgem alguns questionamentos a serem deslindados no desenvolvimento desta proposta de estudo:

- a precariedade do sistema prisional brasileiro justifica a onda garantista de que é vítima a sociedade brasileira?;
- diante da realidade do sistema prisional brasileiro, é possível uma aplicação equilibrada do princípio da proporcionalidade?;
- se não for possível, o que deverá prevalecer: a proteção da dignidade do delinquente ou a proteção, pelo Estado, dos direitos fundamentais da coletividade?

Atualmente, a sociedade se vê vítima tanto da crescente onda de violência quanto da febre garantista de que foram acometidos os julgadores brasileiros: não se pode algemar; não se pode expor a imagem do indiciado ou do preso ao público sem sua autorização; só se pode manter a prisão em flagrante se estiver presente, pelo menos, uma das circunstâncias do artigo 312 do Código de Processo Penal; deve ser respeitado o sigilo das conversas do preso com seu advogado; e, dentre outras, não se pode executar a pena sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Olha-se atonitadamente para esse cenário e questiona-se onde foi parar o direito à segurança do cidadão de bem que pauta sua conduta em conformidade com a lei?

Ante esse panorama, vislumbra-se a relevância social deste trabalho acadêmico, que trará reflexões acerca das justificativas para a excessiva gama de interpretações garantistas, bem como alertará para a orfandade da proteção e da efetividade dos direitos fundamentais da coletividade.

Sob a perspectiva acadêmica, considerando-se a escassez de abordagem do tema por doutrinadores e juristas em geral, esse estudo será mais uma contribuição acerca dessa questão relevante e pouco explorada no Brasil.

Do ponto de vista da pesquisadora, o interesse pelo tema surgiu da vivência, no dia a dia de trabalho, com sentenças e acórdãos radicais que só enxergam o princípio da proporcionalidade como forma de proteção do indivíduo contra os abusos e excessos do Estado. A partir dessa experiência, passei a refletir acerca da existência de um Estado guardião dos direitos fundamentais, comprometido a defendê-los, também, das violações de terceiros.

Os motivos até aqui expostos são a razão da realização deste relevante estudo.

A explicação técnico-jurídica para onde garantista de que tem se valido o judiciário brasileiro em prol dos cidadãos que cometem ou cometeram algum delito em detrimento do direito da sociedade à segurança, de igual modo, será perseguida por este estudo.

Além disso, será posta em evidência, por meio de citação de julgados, a tendência a uma abordagem exclusivamente negativa deles.

Para alcançar esses objetivos, será utilizada revisão bibliográfica amplamente pesquisada, por meio da qual mostrar-se-á a existência de um viés positivo do princípio da proporcionalidade, além do estudo específico do HC nº 84.078/MG.

Espera-se demonstrar com este estudo a importância da revisitação do princípio da proporcionalidade a fim de descobrir sua face positiva.

A estruturação deste estudo foi montada em três capítulos.

No primeiro capítulo, será apresentado um apertado resumo do caso concreto, em que serão expostos os principais fundamentos dos votos dos ministros que participaram do julgamento do HC nº 84.078/MG; no segundo será feita uma análise acerca da dupla função dos direitos fundamentais; e, no terceiro e último capítulo, será apresentado o modo como é interpretado o princípio da proporcionalidade pelo judiciário do Brasil e a repercussão disso na aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente pelo Estado.

1 HABEAS CORPUS 84.078/MG

O Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2009, procedeu, em sessão plenária, ao julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG e, por maioria de votos, firmou entendimento no sentido de ser inadmissível a execução de punição privativa de liberdade quando pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo, em observância ao princípio da não culpabilidade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Em brevíssima síntese do caso concreto, o Tribunal do Júri aceitou a tese de homicídio privilegiado e condenou o paciente do referido *habeas corpus* à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão por violação ao disposto no artigo 121, § 2º, incisos I e IV; combinado com o artigo 14, II; ambos do Código Penal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Inconformado com o acolhimento, pelo Tribunal do Júri, da tese de homicídio privilegiado, o parquet estadual apelou e logrou êxito em seu recurso para redimensionar a expiação para 7 anos de reclusão, fixado o regime fechado para o início do cumprimento dela (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Interpostos recursos extraordinário e especial pela defesa, apenas este último foi admitido. Porém, antes mesmo da admissão do especial, o Ministério Público requereu a prisão preventiva do réu ante os fortes indícios de intenção de fuga, revelados pela colocação à venda de todos os seus bens, inclusive os utilizados no desenvolvimento da atividade fim da empresa de que era proprietário (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Forte nesses indícios, o tribunal de justiça local decretou a prisão preventiva do réu que, por sua vez, questionando a idoneidade da base empírica mantenedora da prisão cautelar fundada na garantia da aplicação da lei penal, impetrou ordem de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, onde não obteve sucesso, e, por isso, impetrou nova ordem no Supremo Tribunal Federal, ora objeto deste estudo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Inicialmente, o feito foi distribuído ao Ministro Nelson Jobim que repeliu o fundamento da preventiva e concedeu a ordem de *habeas corpus* ao entendimento

de que a venda de determinados bens, a fim de obter recursos destinados à aquisição de equipamentos e insumos para o desenvolvimento de uma nova atividade econômica, não era suficiente para sustentar a manutenção do aprisionamento cautelar (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Levado o feito à apreciação do colegiado da 1ª Turma, votou-se pela denegação da ordem, aplicando-se-lhe entendimento até então consoante à jurisprudência da Corte Suprema no sentido da inexistência de óbice à execução da sentença quando pendentes de julgamento apenas recursos sem efeito suspensivo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Diante desse quadro e considerando a existência de divergência de entendimento entre a 1ª e a 2ª Turmas, acordou-se submeter o feito à apreciação do Pleno (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

No Pleno, o Ministro Eros Grau passou à relatoria do feito e defendeu a revisão desse entendimento até então adotado pelo Supremo Tribunal Federal, sob os argumentos a seguir elencados (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Ao fazer um paralelo entre o artigo 637 Código de Processo Penal e os artigos 105, 147 e 164 da Lei de Execução Penal, o Ministro Eros Grau concluiu que esta última é mais consentânea com o princípio da não culpabilidade, previsto na Constituição Federal de 1988, porque pressupõe o trânsito em julgado da sentença para a execução tanto da pena privativa de liberdade quanto da restritiva de direitos, devendo prevalecer sobre o Código de Processo Penal que permite a execução provisória (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

O Ministro Eros Grau também cotejou julgados da Suprema Corte, autorizadores da execução provisória da pena privativa de liberdade, com aqueles impedientes da execução provisória da pena restritiva de direitos, mostrando a incongruência ou o absurdo ao se permitir a privação da liberdade desde logo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Afirmou que, se a Corte Suprema não permite a execução provisória da pena restritiva de direitos, com maior razão deveria coibir a da pena privativa de liberdade, pois este bem é inestimável ao homem, só sendo superado pela própria vida (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Por conseguinte, bradou pela aplicação de tratamento jurídico igualitário a situações paralelas, em observância ao princípio da isonomia.

Defendeu, ainda, o alcance da garantia da ampla defesa a todas as fases processuais, inclusive as relativas aos recursos extraordinários, sob pena de se promover o desequilíbrio entre a pretensão estatal de punir e a do cidadão de afastá-la.

O Ministro Eros Grau fez alusão aos modelos legislativos vigorosamente repressivos, e citou como tal a Lei nº 8.038/1990, que estabelece normas procedimentais pertinentes aos processos destinados ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, excessivamente tirana porque suprime o efeito suspensivo tanto do recurso especial quanto do recurso extraordinário e permite, desde logo a execução provisória da pena (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

A Lei nº 7.960/1989, instituidora da prisão temporária, é também outro modelo de repressão criminal duríssimo, citado pelo Ministro Eros Grau, fruto dos dramas sociais vividos à época de sua elaboração.

Mencionou, pelo mesmo motivo, a Lei nº 8.072/1990 como modelo do excessivo rigor do Estado na punição de certos crimes, no caso, os considerados hediondos (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Para ele, essas leis são exemplos do casuísmo do legislador que, para atender aos anseios de justiça e punição reivindicados pela sociedade, acaba produzindo leis inconstitucionais sob o aspecto da garantia constitucional da não culpabilidade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Repudiou a jurisprudência defensiva que visa a impedir uma verdadeira avalanche de recursos especiais e de recursos extraordinários e os subseqüentes agravos e embargos (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Asseverou que a eficaz operacionalidade do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não deve ser alcançada a preço de ouro, reduzindo-se ou mesmo amputando-se direitos e garantias constitucionais.

Com base em todos esses fundamentos, o Ministro Eros Grau votou pela concessão da ordem para que o paciente pudesse aguardar em liberdade o trânsito

em julgado da sentença condenatória (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Votaram com o Ministro Eros Grau, sob os mais variados fundamentos, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Ficaram vencidos os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia e Ellen Gracie (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Seguindo a ordem de proferição dos votos, para o Ministro Menezes Direito, a execução provisória da pena, em decorrência da pendência de julgamento de recurso especial ou de recurso extraordinário, não afrontaria a garantia constitucional da não culpabilidade, pois nessas instâncias extraordinárias somente teses jurídicas podem ser objeto de apreciação e julgamento. É nas instâncias ordinárias onde se conclui o julgamento e, portanto, o esgotamento do exame da matéria de fato (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Asseverou que a proibição da execução da pena antes do julgamento dos recursos acima referidos equivale a atribuir-lhes efeito suspensivo, tal como ocorre com os de natureza ordinária, como a apelação, por exemplo, e ao assim proceder, o judiciário acaba por imiscuir-se na competência do legislativo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Afirmou, ainda, que o princípio da não culpabilidade, na verdade, visa a garantir uma cognição plena e exaustiva tendente à obtenção da responsabilidade penal daquele que se submeteu ao processo penal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Defendeu, com fervor, que se é permitida a prisão cautelar, também deve ser permitida a prisão penal; pois, caso contrário, estar-se-ia dando ao preso provisório tratamento mais rígido do que aquele dado ao já condenado em primeiro e segundo graus de jurisdição, ferindo, dessa forma, o princípio da isonomia (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

O Ministro Menezes Direito não distinguia a prisão decorrente de uma faculdade processual daquela em razão da aplicação da lei penal, pois, em ambos

os casos, há a privação da liberdade do acusado, daí mais uma justificativa para não haver tratamento distintivo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Além dos argumentos acima mencionados, fez referência à função inibitória da execução provisória da pena na medida em que desmotiva a utilização de manobras processuais procrastinatórias tendentes à eternização do processo, a fim de alcançar a tão almejada prescrição da pretensão punitiva do Estado (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Admitiu, ainda, que há um tensionamento entre os direitos e garantias fundamentais do preso e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção (que envolve segurança social) e à efetividade da tutela jurisdicional (a englobar o impedimento da ocorrência da prescrição, principalmente, a intercorrente, evitando, por conseguinte, a impunidade) (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Da análise sistêmica do ordenamento jurídico, ele concluiu que não há violação ao princípio da inocência ante a permissão da execução provisória da pena na pendência de julgamento de recurso especial ou de recurso extraordinário, porque o sistema dispõe do *habeas corpus*, que é outro meio constitucional extremamente amplo e eficaz, idôneo à efetiva proteção dos direitos fundamentais do réu-condenado (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Assinalou que a interpretação de todo o sistema jurídico não pode levar a excessos ou radicalismos tendentes à proteção dos direitos fundamentais do indivíduo em detrimento da proteção dos interesses sociais gerais, igualmente garantidos constitucionalmente (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Defendeu um meio termo entre o direito da sociedade a uma eficiente proteção do estado e o direito à liberdade daquele já condenado em todas as instâncias ordinárias (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Por todas essas razões o Ministro Direito denegou a ordem (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, defendeu como regra o estado de liberdade e a presunção de inocência. Fez explanação acerca da natureza da prisão cautelar, afastando dela a idéia de punição e alertando para o fato de que sua

decretação só é possível se houver fatos concretos a justificá-la (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Esclareceu que o devido processo legal, ao mesmo tempo em que concorre para a proteção dos direitos daquele que é objeto de persecução estatal, constitui-se, também, em requisito de legitimação da própria imposição de medidas cerceadoras da liberdade do indivíduo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Fez referência a um conjunto substancial de declarações internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Defendeu que somente com o trânsito em julgado da condenação penal, deixa de subsistir, em favor do indivíduo, a presunção de inocência. Enquanto isso é dever do Estado e, por conseguinte, dos seus agentes a observância do princípio da não culpabilidade, que não perde a força à medida em que se sucedem os graus de jurisdição (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Com esteio nesses argumentos, o Ministro Celso de Mello deferiu a ordem de *habeas corpus* (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

O Ministro César Peluso, por sua vez, expôs a incoerência do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a inconstitucionalidade de uma lei estadual, declarou incompatíveis com a Constituição Federal descontos nos vencimentos ou na remuneração de funcionário público, na pendência do julgamento de ação penal por crime funcional; enquanto que sua 1ª Turma admitiu, em vários julgados, a execução provisória de pena privativa de liberdade, que em última análise é absolutamente irreversível. Protestou no sentido de a Corte Suprema do país dar à liberdade a mesma importância dada à propriedade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

O Ministro Celso de Mello fez coro, afirmando que sequer a execução provisória de penas restritivas de direito prescinde do trânsito em julgado da sentença condenatória (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

O Ministro Joaquim Barbosa diz-se aliado à antiga corrente majoritária que sempre entendeu viável a execução da pena privativa de liberdade depois de esgotadas as duas instâncias ordinárias de jurisdição (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Discursou no sentido de que não se deve fazer letra morta das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, pois, em caso contrário, o ideal seria, então, que a totalidade das ações fosse processada e julgada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a atender a exigência de uma condenação imposta por decisão irrecorrível, dando credibilidade à condenação (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Para ele, a possibilidade de execução provisória do julgado vem da necessidade de dar efetividade ao processo, evitando que se frustre a condenação já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias, onde a ação penal tramitou e foi submetida à análise percuciente pelos órgãos competentes pela análise dos fatos (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Afirmou, ainda, que a prevalecer o entendimento da obrigatoriedade do esgotamento das instâncias extraordinárias como condição à execução da pena, o processo jamais chegará ao seu fim, em razão da sistemática recursal vigente no Brasil, alcançando-se, facilmente, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, e aumentando a sensação de impunidade existente no país (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Chamou a atenção para o fato de o princípio do estado de inocência não ser absoluto e nem incontrastável dentro do ordenamento jurídico. Tanto é assim que foi com base na ponderação dele que o Supremo construiu o entendimento de serem legítimos os institutos da prisão preventiva e a prisão temporária (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Ressaltou, também, a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial não, havendo, portanto, óbice algum à execução da penal.

Pontuou a inexistência de uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição. Trouxe como argumento de reforço o fato de haver processos julgados em única instância pelo Supremo Tribunal Federal, sem haver a possibilidade de recurso para um órgão acima da Suprema Corte (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Sustentou, ainda, que o condicionamento da admissibilidade do recurso extraordinário à estrita demonstração da repercussão geral também reforça o entendimento de que é compatível com as garantias constitucionais a execução da pena após sua confirmação pelas instâncias ordinárias (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Afirmou que a Emenda Constituição nº 45 teve como meta racionalizar a atividade jurisdicional, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário, de tal modo a concretizar o direito à razoável duração do processo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Dessa forma, é possível afirmar que o princípio da presunção de inocência haverá de ser ponderado com a repercussão geral (que pressupõe questão que transcenda o interesse subjetivo da parte), instituído com o fim de materializar o princípio constitucional da razoável duração do processo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

O Ministro Joaquim Barbosa declarou, ainda, que nos recursos criminais, dificilmente esse pré-requisito será atendido, pois é raro terem por objeto discussão dotada de repercussão geral de natureza econômica, jurídica, social e política (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Trouxe, também, levantamento estatístico mostrando que de um total de 167 recursos extraordinários, 36 foram providos, e destes, 30 tratavam de progressão de regime em crime hediondo, daí concluindo que menos de 4 por cento dos casos foi provido e a matéria poderia ter sido conhecida por meio de *habeas corpus*, sem necessidade de interpor recurso extraordinário (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Essa amostragem deixou claro que a possibilidade de execução provisória da pena não é uma ameaça ao *ius libertatis*, considerando-se o pequeno número de extraordinários providos e o óbice da proibição de discussão de matéria

probatória em especial ou extraordinário. Daí o contrasenso em se interpretar os recursos “extraordinários” como se novas apelações fossem (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Rebatendo os argumentos expostos pelo Relator, afirmou, categoricamente, que o artigo 105 da Lei de Execuções Penais não obstaculiza a expedição de guia de recolhimento provisório antes do trânsito em julgado. Pelo contrário, a referida norma prevê justamente a hipótese de o réu já estar preso quando do trânsito em julgado da decisão condenatória, permitindo a expedição da guia de execução definitiva (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Ao final, argumentou que a pena perderá sua finalidade de prevenção geral e especial ante a espera do julgamento de uma infinidade de recursos que a defesa poderá vir a interpor, pois o transcurso do tempo desde a ocorrência dos fatos até o cumprimento da pena promove a perda da memória dos motivos que ensejaram a reprimenda penal, além de impedir a real socialização do apenado (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Assim, o Ministro Joaquim Barbosa denegou a ordem para admitir a execução provisória da pena desde que exauridas as instâncias ordinárias (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Passando a votar, o Ministro Carlos Ayres Britto disse ver a garantia da não culpabilidade como um verdadeiro direito material, cujo bem jurídico constitucionalmente tutelado é a presunção de não culpabilidade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Portanto, enquanto não sobrevém o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo permanece investido nessa presunção de não culpabilidade ou no direito material à presunção de não culpabilidade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Afirmou que apenas a prisão em flagrante delito relativiza a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade. Somente o flagrante produz um fator automático de privação de liberdade física e assim o é por previsão constitucional (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Elencou as terríveis consequências decorrentes da gravidade da irreparabilidade da prisão de uma pessoa, mostrando que sob o aspecto psíquico,

implica baixa de autoestima; traz, também, como consequência, desprestígio familiar, além de comoção doméstica, inclusive com repercussão no trabalho, no aspecto da obtenção do ganho da família. É, de igual modo, fator de desqualificação profissional, reduzindo as oportunidades de emprego, e de abalo do conceito social (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Rebateu o argumento de desproteção da sociedade, expondo a possibilidade de decretação de prisão cautelar do réu, e aproveitou o gancho para expor a dificuldade dos órgãos julgadores da Suprema Corte para definir o significado de “ordem pública”. Disse que “ordem pública” é, na verdade, o acautelamento do meio social (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Apoiado nesses fundamentos, o Ministro Carlos Ayres Britto votou pela concessão da ordem, enquanto o Ministro Cezar Peluso procedeu a brevíssimo histórico do princípio da não culpabilidade e traçou sua extensão e alcance jurídicos, expondo de que maneira o princípio do devido processo legal concorre para essa elucidação (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Esclareceu que o devido processo legal não é apenas o processo regulado pela lei, a Constituição exige que ele também seja devido, no sentido de ser justo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Em decorrência, afirmou que, por essa perspectiva, o princípio do devido processo legal resta desatendido na medida em que não é justo o processo, por meio do qual, aplica-se a alguém uma medida extremamente gravosa e de caráter irreparável como é a privação da liberdade, sem juízo definitivo de condenação (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Fez referência à ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários para afirmar que ela não tem força alguma para afastar o princípio da presunção de não culpabilidade e que ela não se aplica à matéria criminal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Forte nessas razões, o Ministro Cezar Peluso aderiu ao entendimento daqueles que deferiram a ordem de *habeas corpus* (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Por ocasião de sua manifestação, a Ministra Ellen Gracie chamou a atenção de todos para os efeitos transcendentais do julgamento deste *habeas corpus*.

Fez questão de revisar a aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal ao caso concreto, a fim de apurar a dimensão exata das hipóteses em que a sentença penal condenatória, confirmada em segundo grau, teria alguma eficácia, e chegou à conclusão de que a única hipótese concreta apurada tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição não foi considerada pelo Plenário e se refere ao fato de o réu ter vendido todo o seu patrimônio, preparando-se para se furtar à aplicação da lei penal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

E concluiu que raras, raríssimas serão as hipóteses em que a Corte Suprema do país concederá alguma valia, seja à sentença de primeiro grau, onde se examinaram provas e fatos, ou ao acórdão de segundo grau que possui ampla liberdade para revisar a produção dessas mesmas provas e definir a certeza dos fatos (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

A Ministra Ellen Gracie vê o princípio da não culpabilidade como uma garantia de que o acusado seja tido como inocente durante toda a instrução criminal, sendo-lhe garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova. Invalidada a presunção de inocência por provas, apreciadas em primeiro e segundo grau de jurisdição, deverá ceder espaço ao juízo de culpabilidade, ainda que sujeito a revisão (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

A aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade, para a Ministra Ellen Gracie, não deve ser absoluta, também deve ser levado em consideração o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos tipificados como crime e não apenas a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado-acusador (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Reconheceu o grande valor da presunção de inocência, como conquista da democracia, contudo, afirmou, com veemência, que da aplicação dela não podem decorrer o esvaziamento da utilidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal de segundo grau de jurisdição, o desamparo da

cidadania de bem, - que pauta a própria conduta em conformidade com a lei -, e a sensação de impunidade, que acaba por incentivar a prática de novos delitos.

Asseverou que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, autorizadores da privação da liberdade, desde que obedecido o devido processo penal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Disse que mesmo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, o direito de se manter o réu em liberdade até o trânsito em julgado da condenação. O que ela prevê como garantia refere-se à necessidade de previsão constitucional das hipóteses de cabimento da prisão, bem como que sejam observadas pela legislação de regência (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Referiu-se ao princípio da proporcionalidade como uma via de mão dupla: simultaneamente proíbe tanto o excesso quanto a insuficiência. Esclarece-o, explicando que a proporcionalidade no âmbito penal não se esgota na proibição de excesso, pois vincula, igualmente, o Estado ao dever de proteção contra eventuais agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Possui, portanto, dois lados: um que garante o cidadão contra os desmandos do Estado e outro que proíbe a insuficiência na prestação de segurança por parte dele (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

A Ministra Ellen Gracie também indeferiu a ordem.

Para o Ministro Marco Aurélio deve prevalecer a impossibilidade de execução provisória da pena quando pendentes de julgamento recursos desprovidos de efeito suspensivo. Sustentou esse entendimento com base, principalmente, na inviabilidade de se trazer ao *status quo ante* o cidadão preso por força de decisão não definitiva e posteriormente cassada, por isso, denegou a ordem (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Já o Ministro Gilmar Mendes alertou para o “mundo de horrores” que é a justiça penal brasileira e trouxe dados estatísticos do ano de 2008, segundo os quais havia, naquele período, quatrocentos e quarenta mil presos, dos quais cento e oitenta e nove mil eram presos provisórios. Isso sem levar em conta o número de presos por estado da federação, pois, nessa hipótese, a situação se agravava ainda

mais. Citou, por exemplo, o Estado do Piauí, em que havia pessoas presas, provisoriamente, por mais de três anos, sem sequer haver denúncia oferecida (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Referiu-se ainda a uma singularidade existente naquele Estado que diz respeito à existência de um “inquérito de capa preta” por meio do qual a polícia indica para a justiça quem deve ser solto, com a conivência do Ministério Público.

Expôs levantamento feito sobre o número de *habeas corpus* conhecidos e providos no Supremo Tribunal Federal e, para a surpresa de todos, revelou-se que houve a concessão de trezentos e cinquenta e cinco, o que equivale a um terço do total deles. Isso significa que, mesmo em se passando por todas as instâncias, pelo juiz de primeiro grau, pelo tribunal de justiça ou tribunal regional federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, a decisão foi modificada ou cassada, o que mostra a falibilidade humana a justificar a exigência de trânsito em julgado da condenação como requisito à sua execução (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Entendeu que o recolhimento à prisão por força de lei e, mais especificamente, da Lei nº 8.038/1990, não passa de antecipação de pena, não autorizada pela Constituição Federal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Por fim, deferiu a ordem de *habeas corpus*, ao fundamento de que a prisão só será legítima se for fundamentada em alguma das circunstâncias do artigo 312 do Código de Processo Penal. Caso contrário, não passará de antecipada execução do édito condenatório o que é desproporcional, sob o aspecto da necessidade, e ofensivo aos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

É fácil inferir da leitura desse pequeno resumo do HC nº 84.078/MG, cujo inteiro teor é composto de 166 páginas, que a maioria dos ministros integrantes da Suprema Corte só consegue enxergar um dos lados dos direitos fundamentais, olvidando ou pondo de lado a existência da outra “face” deles, voltada à obrigatoriedade do Estado de dar efetividade e proteção aos direitos e interesses da coletividade como um todo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

É sob essa perspectiva que os direitos fundamentais serão abordados no próximo capítulo, como se verá logo a seguir.

2 A DUPLA FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A interpretação dada pelos juízes e tribunais brasileiros ao princípio da proporcionalidade tolda sua natureza positiva, voltada à promoção e à proteção, pelo Estado, dos direitos e liberdades fundamentais contra o ataque de terceiros.

Esse viés positivo do garantismo penal só é perceptível àqueles que vêem os direitos fundamentais, também, sob uma perspectiva objetiva. Tanto para Daniel Sarmento (2002) quanto para Ingo Wolfgang Sarlet (2008), os direitos fundamentais, além de terem a função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra os arbítrios do poder público, também funcionam como um conjunto mínimo de valores objetivos a serem alcançados e defendidos pelo Estado, servindo, também, de norte à atuação dos poderes públicos.

Para Luciano Feldens (2008), que faz coro com aqueles outros, como consequência dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se uma maior densificação do potencial normativo deles que passa a se irradiar sobre toda a totalidade do ordenamento jurídico, vinculando o Estado à proteção deles.

Esse novo ângulo por meio do qual se passa a observar os direitos fundamentais traz mudanças consideráveis na maneira de compreender a relação Estado/sociedade: por um lado, o dever de abstenção do Estado; do outro, a obrigação do Estado de proteção da sociedade contra ataques de particulares.

Essa relação torna evidente a relevância do direito penal, bem como do processo penal, como instrumentos tanto de preservação de garantias mínimas do cidadão face à persecução penal do Estado quanto de tutela do direito fundamental da sociedade à segurança, quando ameaçada por terceiros.

Apesar da relevância jurídica dessa abordagem dos direitos fundamentais, até o momento, poucos juristas e doutrinadores se dispuseram a versá-la.

Contudo, surpreendentemente, se levados em consideração os escritos jurídicos acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em mais de uma oportunidade, acerca da existência da natureza positiva dos direitos fundamentais, fazendo-a prevalecer no caso concreto.

Percebe-se, assim, ainda que de forma discreta, que aos poucos, vem se construindo uma conscientização a respeito da necessidade de uma maior reflexão sobre a forma de interpretação do princípio da proporcionalidade, a descortinar o seu lado positivo, que enxerga os direitos fundamentais como imperativos de tutela.

2.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa

Preliminarmente, tem-se por fundamental todo direito nascido na Constituição, sem exclusão daqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, ou derivados de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, conforme o disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (bloco de constitucionalidade). Esse atributo ressalta a preexistência dos direitos fundamentais ao momento de sua configuração legislativa.

Outra característica dos direitos fundamentais diz respeito à possibilidade de serem exigíveis imediatamente. Assim são por expressa previsão Constitucional, em que o artigo 5º, parágrafo 1º, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (FELDENS, 2008, p. 54).

A imediata exigibilidade deles pressupõe garantia de acesso à justiça e a desnecessidade de mediação legislativa. Essa particularidade corrobora o caráter jurídico-positivo, e não meramente programático, dos direitos fundamentais, que têm, por via de consequência, a sua juridicidade reforçada (FELDENS, 2008, p. 56).

Contudo, os direitos fundamentais sociais e as garantias dependentes de prestação normativa, tais como saúde, segurança, proteção penal, fogem daquelas características próprias dos direitos fundamentais individuais porque ou são dependentes da ação financeira do poder público ou da intervenção do legislador, notadamente a garantia da proteção penal de determinados direitos fundamentais, como, por exemplo, a punição por discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais a ser prevista em lei; a prática do racismo está sujeito a pena de reclusão nos termos da lei; a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados, nos termos da lei, por força do princípio da legalidade.

Os direitos fundamentais também atuam como limites frente ao legislador, não deixando que sejam vistos como meras diretrizes à atuação política, bem como que tenham sua essência deturpada ou corrompida por ele (FELDENS, 2008, p. 54).

Sob uma perspectiva clássica, os direitos fundamentais foram gestados como direitos de defesa, ou seja, oponíveis em face do Estado que se apresentava como virtual agressor deles. Eram vistos como limites negativos à atuação nefasta do Estado, impedindo intervenções indevidas no arcabouço de bens jurídicos fundamentais (FELDENS, 2008, p. 58).

Contudo, a ameaça de que podem ser vítimas os bens protegidos pelos direitos fundamentais também pode ser perpetrada por particulares, como no caso de atentados contra a vida, a liberdade, a integridade física e a honra.

Daí, como detentor do monopólio da força, o Estado, além de ter de observar os direitos fundamentais (perspectiva negativa), deve zelar por eles (perspectiva positiva), protegendo-os contra os ataques e ameaça de terceiros (FELDENS, 2008, p. 73).

Então, inicialmente, os direitos fundamentais eram vistos apenas como direitos de defesa, ou de resistência e constituíam-se verdadeiras barreiras de proteção das liberdades individuais contra os poderes públicos (FELDENS, 2008, p. 74).

Essa concepção dos direitos fundamentais caracteriza o Estado Liberal, considerado primeiro Estado constitucional. Nesse modelo, cabia ao Estado, tão somente, preservar a ordem pública e manter “seus tentáculos fora” da esfera social (STRECK, 2008, p. 20).

Infere-se desse abstencionismo estatal que aos cidadãos era garantido algum espaço de autonomia e de livre autodeterminação pessoal, sem a faculdade de reclamar atuação positiva alguma dos poderes públicos (FELDENS, 2008, p. 60).

Contudo, com os choques de interesses entre as várias forças sociais, a intervenção do Estado passou a ser vital à vida em sociedade e, principalmente, à viabilidade do direito à liberdade. Descobriu-se que o homem poderia vir a ser vítima do próprio homem, do seu semelhante e não apenas do Estado-Poder Público.

2.2 Direitos fundamentais como imperativos de tutela

Como meio de assegurar a liberdade e a segurança no convívio social, surgiram os Estados modernos, frutos de um hipotético pacto a que teriam aderido os cidadãos, no intuito de se verem protegidos das práticas ilícitas perpetradas por seus semelhantes (FELDENS, 2008, p. 74).

O dever de proteção apresenta-se, nesse cenário, como efetiva contraprestação imputada ao Estado, por meio do referido pacto, e por ele assumida, decorrendo daí a legitimidade do poder público para restringir direitos e impingir punições.

Com o intuito de conter o exercício dos direitos e das liberdades nos limites constitucionais e legais, as medidas restritivas não têm um fim em si mesmas, na verdade, visam à promoção da coexistência entre liberdades (FELDENS, 2008, p. 76).

Dessa forma, as restrições almejam maximizar a liberdade geral na sociedade e torná-la uma realidade para todos os detentores de direitos fundamentais. Assim, a restrição dos direitos de um grupo acaba por representar a libertação de outro (FELDENS, 2008, p. 76).

Em 1975, o Tribunal Constitucional Federal - TCF alemão teve oportunidade de concretizar a aplicação dos direitos fundamentais como deveres de proteção ao se manifestar acerca da legitimidade constitucional da descriminalização do aborto.

O Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que, não só o Estado não pode intervir diretamente, de modo a impedir o bom êxito do desenvolvimento da vida incipiente, como é dever dele protegê-la de intervenções ilícitas de terceiros (FELDENS, 2008, p. 76).

Essa decisão expõe a outra faceta dos direitos fundamentais, até então oculta, fazendo com que o Estado evoluísse da condição de algoz à de guardião dos direitos fundamentais, tendo de agir de forma positiva a fim de proteger o exercício e a realização deles.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também já teve oportunidade de aplicar os direitos fundamentais como deveres de proteção pelo Estado. Isso aconteceu no julgamento, pelo plenário, do RE nº 418.376/MS, em que se discutiu a possibilidade de extinção da punibilidade em virtude da convivência do autor do crime de estupro com a vítima, menor de nove anos de idade à época da prática do fato delituoso (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Por votação majoritária, os julgadores do Supremo Tribunal Federal decidiram que o convívio do estuprador com sua vítima não é suficiente para a extinção da punibilidade, por absoluta incapacidade de autodeterminação da vítima, bem como pela absoluta impossibilidade de expressar de maneira livre e autônoma sua vontade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Entendeu-se que a Constituição Federal não protege a relação marital de uma criança com o seu alçoz, o que torna impossível a equiparação dessa convivência à união estável para fins do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

O relator do recurso extraordinário, Ministro Marco Aurélio, ficou vencido ao dar provimento ao recurso, sob o argumento de haver união estável entre a vítima e o autor do estupro e, por analogia, equiparando-o a casamento, extinguindo, por consequência, a punibilidade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Para o Ministro Marco Aurélio devia ser evitada formalidade excessiva, pois o conceito de família foi alterado, não havendo no Código Penal, vigente a mais de sessenta anos, a figura da união estável (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Para o Ministro o que deveria prevalecer é a determinação da Carta Magna de 1988 de que a família é a base da sociedade e está protegida pelo Estado, nos termos do artigo 226, parágrafo 3º (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

O Ministro Gilmar Mendes divergiu do relator para defender a repugnância do ato praticado pelo réu, marido da tia da vítima e seu tutor legal, que passou a molestá-la desde seus tenros nove anos de idade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes a união estável que se equipara a casamento, por força do disposto no artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, para existir, demanda uma relação de convivência e afetividade entre homem e mulher adultos, mantida de forma livre e consciente para constituírem uma família (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Portanto, não se poderia equiparar a situação do caso em julgamento a uma união estável, sob pena de resguardar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Ao final, advertiu para o dever de resguardo dos direitos fundamentais pelo Estado, que não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a defesa deles (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

O reconhecimento, neste caso concreto, da ocorrência de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que diz respeito à proibição de proteção insuficiente.

Assim seria porque todos os poderes do Estado, incluindo o judiciário, estão vinculados à obrigação de proteger a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais em sua generalidade contra os ataques de particulares, e não só das agressões do Estado.

Para o Ministro Carlos Ayres Britto, que acompanhou a divergência, no confronto entre os artigos 227 e 226 da Constituição da República, deve prevalecer o primeiro porque a proteção à criança e ao adolescente deve ser prioridade absoluta (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

O Ministro Celso de Mello acompanhou o Relator para afirmar que a convivência da vítima com o estuprador era pública, duradoura e inequívoca, preenchendo todos os requisitos da união estável, além de lembrar que a Carta Magna brasileira dispensa atenção especial à família (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Já o Ministro César Peluso foi incisivo em afirmar que, em razão da idade, a vítima era incapaz de consentir validamente. Chegou a alegar que a convivência

entre vítima e agressor configuraria ofensa à dignidade da pessoa humana (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o relator e a Ministra Ellen Gracie, a divergência, iniciada pelo Ministro Joaquim Barbosa (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Portanto, mesmo aqui no Brasil, onde a discussão da matéria ainda é incipiente, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da existência da obrigação de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado em face de agressões a eles promovidas por particulares (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 418.376/MS).

Essa nova visão dos direitos fundamentais, como direitos positivos, decorre de uma perspectiva objetiva deles. De relevantes direitos subjetivos de proteção do indivíduo contra os arbítrios do Estado a um conjunto mínimo de valores objetivos a ser efetivado, protegido e observado pelo Estado, além de marco orientador à atuação dos poderes públicos (SARLET, 2008, p. 193).

A partir dessa perspectiva, identificou-se o aspecto autônomo dos direitos fundamentais, que os fizera transcenderem à perspectiva subjetiva de direitos de defesa, exercitáveis contra o Estado, além de dotá-los de um **plus** de normatividade, irradiante por sobre toda a ordem jurídica (SARLET, 2008, p. 194).

2.2.1 A face positiva dos direitos fundamentais

Como desdobramentos do aspecto autônomo dos direitos fundamentais, decorrente da perspectiva objetiva deles, têm-se, além da eficácia irradiante, o fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do direito e o dever geral de efetivação atribuído ao Estado, daí decorrendo o lado positivo deles (SARLET, 2008, p. 194-195).

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais é fruto da criação da doutrina alemã que os vê como baliza à aplicação e à interpretação do direito infraconstitucional. Assim, a interpretação da ordem infraconstitucional em

conformidade aos direitos fundamentais é uma das formas de proporcionar a referida eficácia.

Já o dever geral de efetivação, também conhecido como eficácia dirigente, diz respeito à obrigação que decorre dos direitos fundamentais, dirigida ao Estado, no sentido de obrigá-lo à concretização, à realização e à proteção deles (FELDENS, 2008, p. 63).

Foi no julgamento do caso Lüth, em 15.1.1958, considerado *leading case* do reconhecimento do lado objetivo dos direitos fundamentais, que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha concluiu que eles não estavam limitados à aplicação vertical e que deles decorria eficácia dirigente.

Em um dos pólos da ação estava Veit Harlan, diretor de cinema do período nazista, conhecido pelos seus filmes anti-semitas, que estava na iminência de lançar um novo filme em 1950 (FELDENS, 2008, p. 63-64).

No outro pólo da lide, estava Erich Lüth, líder do clube de imprensa de Hamburgo e ativista filiado ao esforço de reconciliação entre alemães e judeus. O senhor Lüth inconformado com a possibilidade de exibição de um filme anti-semita, o que tornaria mais endurecida a relação entre alemães e judeus, passou a instigar os donos de cinema a não exibirem o filme e a população a não assisti-lo.

O senhor Harlan, produtor do filme, juntamente com os donos de cinema obtiveram medida judicial, perante o Tribunal de Hamburgo, impeditiva do boicote promovido por Lüth (FELDENS, 2008, p. 62).

Inconformado, Lüth ajuizou recurso constitucional a pretexto de violação ao seu direito à liberdade de expressão. Na Contestação, as companhias cinematográficas asseveraram que os direitos fundamentais só eram passíveis de ser aplicados nas relações entre Estado e indivíduo (aplicação vertical) e não nas relações privadas, indivíduo/indivíduo (FELDENS, 2008, p. 61).

O Tribunal Constitucional Federal alemão frisou que os direitos fundamentais não eram apenas direitos subjetivos do cidadão contra o poder público, mas também valores objetivos vinculantes de todas as esferas do direito, influenciando de igual modo o direito privado (eficácia horizontal), de tal forma a protegê-los, também, da violação perpetrada por terceiros, pois, afinal, pouco

importa ao titular do direito fundamental agredido a natureza jurídica de seu agressor (FELDENS, 2008, p. 62).

Dessa forma, como desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, havia o dever geral de efetivação imputado ao Estado, consistente na obrigação deste de zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não só contra eventuais ataques perpetrados pelo poder público, mas também contra ofensas de particulares e até mesmo de outro Estado (SARLET, 2008, p. 195).

Sob esse ângulo, os direitos fundamentais passaram a ser vistos, também, como deveres de proteção pelo Estado ou como imperativos de tutela (CANARIS apud SARLET, 2008, p. 195).

Como direitos positivos, os direitos fundamentais passaram a exigir prestações positivas do Estado, tanto legais quanto judiciais, frente a eventuais ataques de terceiros, de particulares ou de outro Estado (FELDENS, 2008, p. 61).

Diante dessa obrigação do Estado, eis que surge a proporcionalidade como instrumento de mensuração da eficácia da proteção do direito fundamental pelo Estado, sob uma visão positiva.

2.3 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é como um mecanismo de aferição dos limites máximo e mínimo da intervenção do Estado em face dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Inicialmente, o princípio da proporcionalidade estava ligado à idéia de um mecanismo de dosagem da ação limitadora do Estado frente à liberdade do cidadão. Adaptada ao direito penal, por meio dessa ferramenta de orientação/limitação da atuação do poder público, o Estado somente agiria com legitimidade se a limitação que impusesse à liberdade individual fosse necessária e suficiente para assegurar a liberdade e a segurança do indivíduo (FELDENS, 2008, p. 156.).

A idéia de proporcionalidade remonta à antiguidade e tem na Carta Magna de 1215 seu ensaio normativo mais remoto. Seu desenvolvimento mais

substancial, contudo, deu-se por Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, 1747, - e por Beccaria, na obra *Dos Delitos e das Penas*, 1764, - no período iluminista (FELDENS, 2008, p. 157).

Para Montesquieu, a aplicação de uma pena desnecessária equivalia a um ato de tirania. Sob essa ótica, o Estado deveria se ocupar de crimes de grande repercussão maléfica para a sociedade e aplicar a pena suficiente à punição do agente (FELDENS, 2008, p. 157).

Em harmonia com esse ideário, credita-se à Beccaria a criação do suporte filosófico que mais se aproxima da idéia de proporcionalidade e, especificamente, de juízo de necessidade, que se tem hoje, e que são aplicados no âmbito do direito penal.

Segundo ele, não foi por mera liberalidade que o homem abriu mão de parte da própria liberdade em prol do Estado. Essa decisão decorreu da necessidade de sobrevivência dentro de um grupo cada vez maior, em número de componentes, frente a recursos naturais inversamente proporcionais e, portanto, cada vez mais concorridos. Daí, as naturais disputas por alimento e por território, que acabaram por implicar a organização de grupos destinados à defesa desses interesses, em verdadeiro estado de guerra. Por conseguinte, a permanente condição de beligerância transferiu-se do indivíduo ao Estado, que se incumbiu de assegurar a paz social e a proteção dos cidadãos contra o ataque de seus semelhantes (FELDENS, 2008, p. 74).

Ao abrir mão de pequena parte da própria liberdade, o homem a entregou ao Estado, em forma de poder de punição, que deveria ser exercido na mesma medida da parcela de liberdade de que se abriu mão (FELDENS, 2008, p. 158).

Portanto, o dever de proteção assumido pelo Estado nada mais é do que contraprestação nesse pacto a que aderiram os homens, na intenção de terem sua liberdade e segurança resguardadas no convívio social (FELDENS, 2008, p. 74).

Sob a influência desses pensamentos, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabeleceu, no seu artigo 8º, que a pena a ser imposta deve ser a estritamente necessária. A partir de então, a noção de proporcionalidade passou a integrar o princípio da legalidade (FELDENS, 2008, p. 158).

Após a segunda guerra mundial, e especificamente nos países ocidentais, os direitos fundamentais receberam considerável reforço quantitativo e qualitativo, fruto da “deslegalização” e da proibição de arbitrariedades, o que colaborou, também, para a evolução e extensão do princípio da proporcionalidade até os dias de hoje (FELDENS, 2008, p. 158).

A partir desses fatores, também houve substancial alteração do sentido e da eficácia dos princípios constitucionais e, em especial, daqueles ligados aos direitos e liberdades básicos.

2.3.1 Natureza normativa da proporcionalidade e terminologia

Há na doutrina discussão acerca de dois aspectos ligados à proporcionalidade: um se refere à sua verdadeira condição normativa e o outro, à melhor terminologia para se referir a ela.

Luciano Feldens (2008), sem olvidar as três possibilidades de classificação – princípio, regra ou postulado normativo aplicativo, e em observância à orientação jurisprudencial adotada pelos Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Espanha, opta por conceber a proporcionalidade como princípio “imanente à cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal).” (FELDENS, 2008, p. 159).

A crítica feita a essa classificação refere-se ao fato de a proporcionalidade não ter um referencial constitucional que lhe sirva de fundamento de validade (FELDENS, 2008, p. 159).

Contudo, para os alemães, a proporcionalidade é decorrência lógica do próprio Estado Democrático de Direito, pois é dele que emanam as condições de possibilidade de aplicação dela (FELDENS, 2008, p. 159).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tende a vislumbrar a proporcionalidade como postulado constitucional, que decorre do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, ou seja, do devido processo legal substancial (FELDENS, 2008, p. 82).

Apesar da divergência acerca do que seja a proporcionalidade (se regra, ou princípio, ou postulado normativo aplicativo), a relevância está no “como” aplicá-la e nos limites dessa aplicação. É certa a existência de um dever de proporcionalidade a pautar a atuação dos poderes públicos no sopesamento do interesse coletivo frente aos direitos fundamentais. Sob essa visão, a proporcionalidade é como um instrumento de pesagem usado para balancear os interesses em conflito (FELDENS, 2008, p.160).

Outra discussão que se apresenta diz respeito à terminologia usada para se referir à proporcionalidade. Parcela significativa da doutrina discorda da equiparação da proporcionalidade à idéia de razoabilidade.

Mesmo sendo a razoabilidade um referencial ao controle de abusos, diversamente da proporcionalidade, não dispõe de critérios precisos a uma apurada aferição de suposta irrazoabilidade (FELDENS, 2008, p.160).

São justamente a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito que diferenciam a proporcionalidade do mero juízo de irrazoabilidade.

As análises da adequação e da necessidade constituem a proporcionalidade em sentido amplo. Por meio dela, questiona-se se o meio previsto pelo legislador é adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto.

Tem-se por meio adequado (idôneo) aquele que torna possível o alcance do resultado desejado. E será necessário (exigível) sempre que o legislador não puder escolher outro meio, também eficaz, contudo menos limitador de um direito fundamental.

Já a proporcionalidade em sentido estrito é o juízo de ponderação propriamente dito. É o processo mediante o qual se verifica se as vantagens do fim a ser alcançado superam o sacrifício do direito fundamental a ser atingido. É o princípio da justa medida (FELDENS, 2008, p. 85).

Transportando esse juízo de valoração para o direito penal, proceder-se-á ao exame de suposto desequilíbrio entre a sanção prevista e o fato praticado (FELDENS, 2008, p.166).

No controle de normas penais, o juízo de adequação volta-se à identificação dos fins imediatos e mediatos submetidos à proteção da norma

questionada. O legislador incorrerá em excesso ao produzir norma voltada a proteger bem ou interesse jurídico constitucionalmente proscritos ou socialmente irrelevantes. Nesse caso, ter-se-á uma norma incriminadora inadequada e, portanto, ofensiva ao princípio da proporcionalidade (FELDENS, 2008, p.163).

Contudo, quando a norma penal incriminadora tem como fundamento a própria Constituição ou é constitucionalmente prevista, não haverá se fazer esse juízo de legitimidade porque a adequação da medida já estaria previamente afirmada na própria constituição.

No direito penal, o critério da necessidade (exigibilidade) também é conhecido como intervenção mínima ou de subsidiariedade e, por meio dele, busca-se aferir se a norma penal é o meio menos gravoso, dentre os eficazes e disponíveis, à obtenção do fim almejado (FELDENS, 2008, p.163).

A intervenção penal (medida) mostrar-se-á necessária se a finalidade protetiva almejada (fim) não puder ser conquistada, com a mesma eficácia, por meio de uma medida alternativa menos restritiva (sanção civil ou administrativa) (FELDENS, 2008, p. 84).

Quando a própria constituição determina o mandado de penalização, ter-se-á por justificada a necessidade da tutela jurídico-penal e, desde logo, será tida como a única eficaz (FELDENS, 2008, p. 84).

2.3.2 A proporcionalidade como proibição de excesso

Uma medida restritiva de direito poderá ser considerada inválida por inadequação, por desnecessidade ou por desproporcionalidade (em sentido estrito), configurando a proibição de excesso.

Ter-se-á um juízo de adequação negativo quando a conduta questionada for socialmente irrelevante por não revelar ameaça a bem jurídico de terceiro, deixando o direito penal de ser um meio adequado a coibi-la. Citem-se, a título de exemplo, o adultério, o homossexualismo, a vadiagem, e a mendicância.

O juízo de necessidade negativo restará configurado quando, mesmo ostentando certa relevância social, a conduta questionada não implicar lesão ou

perigo de lesão a um bem jurídico de terceiro, individual ou coletivo. Cite-se como exemplo, o aborto quando realizado pela gestante ou com o consentimento dela. Neste caso, provavelmente, outras medidas menos invasivas que o direito penal poderiam alcançar o mesmo fim (FELDENS, 2008, p. 83/85).

A sanção ainda poderá ser considerada desproporcional quando for excessivamente superior ao mal provocado ao bem jurídico protegido. É pela proporcionalidade em sentido estrito que o princípio da insignificância é aplicado.

Pelo que foi visto até agora, sendo dever do Estado a proteção dos direitos fundamentais frente a agressões de particulares, o ideal é que essa proteção não seja maculada pelo vício da insuficiência, como se verá no próximo tópico.

2.3.3 A proporcionalidade como proibição de proteção deficiente

Em 28.5.1993, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao proferir a decisão conhecida como Aborto II, conferiu dignidade superior à proibição de proteção deficiente (FELDENS, 2008, p. 91).

Essa expressão, originariamente, foi criada por Canaris e traduzida para o português como “proibição de insuficiência”, “proibição de defeito” ou “proibição de proteção deficiente” (FELDENS, 2008, p. 91).

É dever do Estado a proteção dos direitos fundamentais. E integra o próprio conteúdo desse dever a eficiência da proteção.

Como decorrência lógica, inferida da Constituição, essa proteção não pode descer aquém de um “certo” mínimo de proteção, entrando aqui a ferramenta da proporcionalidade numa perspectiva de proibição de proteção deficiente. (FELDENS, 2008, p. 90).

Essa proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente com a função de imperativos de tutela dos direitos fundamentais, sendo-lhe complementar e autônoma (FELDENS, 2008, p. 92).

Embora decorra do dever de proteção, a proibição de proteção deficiente não se equipara a ele: o imperativo de tutela pressupõe um dever de proteção,

enquanto que a proibição de proteção deficiente se refere ao “como” realizar esse dever, sem descer aquém do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido (FELDENS, 2008, p. 92).

Assim, por meio da proibição de proteção deficiente do Estado identifica-se um padrão mínimo de eficiência das medidas estatais voltadas ao cumprimento do dever de tutela dos direitos fundamentais.

Segundo a posição dominante da doutrina alemã, o estudo do mínimo necessário tem como sede a segunda fase do exame de proporcionalidade da medida, ou seja, a análise de sua necessidade (FELDENS, 2008, p. 93).

Então, tem-se como finalidade do sistema de proteção dos direitos fundamentais uma proteção eficiente, não-insuficiente e não-excessiva (FELDENS, 2008, p. 95).

Além disso, pelo princípio da proibição de proteção deficiente, cuida-se de proibir não só a omissão do Estado em assegurar a proteção de um direito fundamental, mas também de evitar uma atuação insuficiente, a fim de assegurar uma proteção minimamente eficaz (SARLET, 2008, p. 201).

No próximo capítulo, abordar-se-ão os casos em que a Suprema Corte brasileira aplicou o princípio da proibição de proteção deficiente, excepcionando, dessa forma, a tendência da justiça brasileira em enxergar os direitos fundamentais apenas como direitos de defesa.

3 A PROIBIÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Neste estudo, almejou-se fazer um contraponto entre o direito fundamental à liberdade do indivíduo, réu num processo criminal, e o direito fundamental à segurança dos demais indivíduos da sociedade.

Existe, de forma clara, uma colisão entre valores constitucionalmente protegidos: de um lado, a dignidade do indivíduo, posta em risco pela possibilidade de vir a ser preso prematuramente, antes do trânsito em julgado da condenação, e de outro, o direito da sociedade de viver em segurança, livre da angústia de ser novamente vítima da ação daquele que, apesar de condenado nas instâncias ordinárias, ainda permanece em liberdade.

Ante o dever do Estado de proteger os direitos fundamentais do indivíduo contra eventual excesso perpetrado pelo próprio poder público, como no caso de uma eventual execução provisória de pena privativa de liberdade, ou de ataques praticados por particulares, qual direito fundamental merecerá o devido resguardo dele?

A resposta será casuística, pois só as circunstâncias do caso concreto ditarão a melhor solução (FISCHER, 2008, p. 16-24).

Não obstante os poucos julgados nesse sentido, a Suprema Corte brasileira, no julgamento de casos que tais, possui decisões memoráveis no sentido da defesa da proibição de proteção insuficiente pelo Estado.

Entre eles, há o já citado RE nº 478.376/MS, em que foram confrontadas duas garantias constitucionais: a proteção da instituição família (artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal), como célula básica da sociedade, e a proteção da dignidade da criança e do adolescente (artigo 227 da Constituição Federal) (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 478.376/MS).

Considerou-se que o fato de a vítima do estupro, praticado pelo marido de sua tia, ter passado a viver maritalmente com o seu agressor, não pode ser considerado como hipótese típica de perdão, a extinguir a punibilidade, nos termos do, hoje revogado, artigo 107, inciso VII, do Código Penal.

Ressaltou-se que a adoção de entendimento em sentido contrário implicaria blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática repugnada pela sociedade, além de caracterizar hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 478.376/MS).

Esclareceu-se que a proibição de proteção deficiente é importante ferramenta na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, de responsabilidade do Estado, que não poderá abrir mão do direito penal como modo de garantir a guarda deles (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 478.376/MS).

E é por meio do princípio da proporcionalidade, que nesta hipótese assume natureza positiva, que se apurará eventual omissão do Estado na adoção dos meios considerados eficientes à proteção de um direito fundamental.

Seguindo essa linha de raciocínio, quando o Estado deixa de lançar mão de específicas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos, acaba por incorrer em inconstitucionalidade por proteção insuficiente de um direito fundamental (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 478.376/MS).

Em consonância com o princípio da proporcionalidade, as normas penais, como meios de restrição das liberdades ou autonomia pessoal, só serão legitimamente impostas quando sua finalidade for gerar mais liberdades do que sacrifícios. E, valendo-se desses meios, o Estado só poderá intervir nas liberdades individuais para torná-la compatível com o exercício das liberdades alheias e como forma de buscar os objetivos sociais que lhe julgue valiosos (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº 478.376/MS).

É dever de todos os poderes do Estado, inclusive do judiciário, proteger a dignidade das pessoas, de modo eficiente, sob pena de inconstitucionalidade.

Também no julgamento da ADI nº 3.112/DF, em que se discutiu a constitucionalidade de artigos do Estatuto do Desarmamento, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes trouxe à baila tema relativo à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais pelo Estado (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 3.112/DF).

De igual forma, na apreciação da ADIN nº 3.510/DF, ensejo em que se apreciou a legitimidade constitucional da Lei nº 11.105/2005 (Lei das células-tronco),

o Supremo Tribunal Federal, graças ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, teve mais uma oportunidade de entrar em contato com o dever do Estado de concretizar e de proteger os direitos fundamentais de forma ótima (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 3.510/DF).

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes a Lei nº 11.105/2005 seria deficiente na regulamentação do tema, e, por essa razão, violaria o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso, mas como proibição de proteção deficiente (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 3.510/DF).

Já no julgamento do HC nº 84.078/MG, objeto deste estudo, foi o Ministro Menezes Direito quem se valeu da existência do lado positivo do princípio da proporcionalidade para mostrar o dever do Estado de garantir e concretizar o direito fundamental à segurança da coletividade, trazendo a lume a proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais pelo Estado (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Contudo, ficou vencido, prevalecendo o entendimento segundo o qual o princípio da não culpabilidade deve continuar orientando as decisões do judiciário no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena quando pendentes de julgamento recursos desprovidos de efeito suspensivo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078/MG).

Em inúmeros precedentes, percebe-se a adoção, de maneira radical, do princípio da proporcionalidade apenas sob sua perspectiva negativa, como proibição de excesso.

Com essa postura, fica claro que não só o Legislativo comete inconstitucionalidade quando deixa de incriminar conduta altamente reprovável ou prevê pena aquém do desejável à eficaz punição dela, mas também o judiciário quando só enxerga o princípio da proporcionalidade pelo seu viés negativo, deixando o direito fundamental da coletividade à segurança órfão de proteção e de efetividade, quando ameaçado por um particular.

De fato, o sistema prisional brasileiro, que não cumpre seu papel ressocializador; bem como a precariedade e incipiência da defensoria pública, que não dispõe do número ideal de defensores, que, por conseguinte, trabalham no sacrifício, se considerada a população carcerária pobre do país, é possível

compreender essa postura defensiva, adotada pelo Judiciário, que reluta em condenar alguém à prisão.

Há também o argumento de que o próprio judiciário erra em demasia, se considerada a quantidade de *habeas corpus* providos pelo Supremo, daí o perigo de mandar alguém para a prisão sem o trânsito em julgado da condenação.

Esse argumento, porém, peca pelo fato de não considerar o universo de processos criminais julgados no país. Com certeza a quantidade de erro seria ínfima se fosse considerado esse dado. Além disso, todo o judiciário anda assoberbado de trabalho, o que não pode ser justificativa para a livre permanência dos agressores dos bens jurídicos relevantes à sociedade.

Nos crimes perpetrados contra a dignidade sexual, mais especificamente, no revogado atentado violento ao pudor contra criança, é estarrecedora a maneira como a jurisdição lida com o princípio da proporcionalidade, olvidando ou ignorando seu lado positivo, por meio do qual se proíbe que o Estado proteja de modo deficiente os direitos fundamentais da vítima e da coletividade (STRECK, 2008, p. 102).

Dentre vários precedentes, pode-se mencionar, a título de exemplificação, a Apelação Crime nº 70010325355/RS em que não se considerou tão intensamente reprovável, a ponto de ser punida pela prática de atentado violento ao pudor, a conduta do réu que esfregava seu órgão genital na vítima, criança com apenas nove anos de idade, até ejacular (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC nº 70010325355/RS).

O Desembargador Relator ponderou que se o crime tivesse sido praticado com violência física ou grave ameaça, ou se tivesse havido coito anal, aí sim, seria possível um juízo de reprovação mais severo (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC nº 70010325355/RS).

Argumentou, ainda, que o legislador de 1990 não considerou, no processo de tipificação do atentado violento ao pudor, o princípio da proporcionalidade, pois ao estipular os limites mínimo e máximo da pena entre 6 e 10 anos de reclusão, incluiu como ações reprováveis, passíveis dessa pesada punição, com exceção do sexo vaginal, do beijo lascivo até o coito anal, o que pode ensejar sérias injustiças ao equiparar um toque na parte pudenda do corpo de

alguém com a cópula vaginal, por exemplo (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC nº 70010325355/RS).

Com apoio nesses argumentos, desclassificou o crime de atentado violento ao pudor para o delito de corrupção de menores, artigo 218 do Código Penal, hoje revogado (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC nº 70010325355/RS).

Outro exemplo da visão exclusivamente garantista do princípio da proporcionalidade pela justiça brasileira, tem-se na Apelação Crime nº 70008609919/RS, em que se desclassificou a conduta do denunciado - que ao acariciar a vagina de uma menina de cinco anos de idade, prometeu-lhe biscoitos, desde que ela permitisse que ele introduzisse o pênis em seu ânus - para o crime de tentativa de atentado violento ao pudor (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC nº 70008609919/RS).

Há, ainda, a apelação criminal nº 70010094696/RS, em que se denunciou a prática de atentado violento ao pudor, posteriormente desclassificado para corrupção de menores, ao entendimento de que a sentença não havia feito justiça, pois o fato de o denunciado ter o costume de tocar e lambar a vagina da vítima, bem como obrigá-la a fazer sexo oral com ele, com dez anos de idade à época dos fatos, sem, contudo, ter praticado qualquer ato de violência real ou sexo anal, não implicaria juízo de valor altamente reprovável (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC nº 70010094696/RS).

Porém, técnicos da área de saúde mental e os familiares da vítima citaram uma série de seqüelas de que continuava sendo acometida: falta de apetite, ansiedade, insegurança, desleixo pessoal, agressividade, choro frequente, baixa autoestima, inadequação, frustração, falta de ambição e de confiança na própria produtividade.

Mesmo diante desse quadro, o Judiciário houve por bem desclassificar o fato para corrupção de menores, violando, dessa forma, o princípio da proibição de proteção deficiente pelo Estado, na medida em que aplicou pena aquém do mínimo esperado para a justa punição da ação nefasta, que provocou sérias conseqüências na vítima.

Ao assim decidir, o judiciário, mais uma vez, deixou à orfandade a dignidade da pessoa humana, bem jurídico fundamental, protegido pela norma penal e pela Constituição. Não houve, dessa forma, uma eficiente ou uma suficiente reprovabilidade da conduta do denunciado pela jurisdição, ao condená-lo pelo crime de corrupção de menores (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC nº 70010094696/RS).

É patente que o bem jurídico de maior valia nos casos citados, e que deveria ter sido protegido de modo eficiente, era a dignidade da vítima.

Há o direito à segurança da coletividade, da mesma forma preterido, pois ao ser condenado por corrupção de menores, o réu cumprirá a pena em regime aberto, podendo continuar cometendo o mesmo crime (STRECK, 2008, p. 111).

O legislador também deu sua parcela de contribuição para a inconstitucionalidade do tipo penal que prevê tipificação extremamente aberta, violando, assim, além do princípio da legalidade estrita, o princípio da proibição de proteção deficiente pelo Estado, na medida em que não é específico quanto à conduta repugnada e a pena a ela cominada.

Outro exemplo de proteção deficiente dos direitos fundamentais pelo Estado, praticada pelo Judiciário, é o reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes hediondos e equiparados.

A edição da Lei dos Crimes Hediondos foi uma resposta do legislador ao anseio da sociedade de ver determinados delitos punidos com maior rigor. Contudo, a visão exclusivamente garantista do princípio da proporcionalidade pela jurisdição, a denotar crescente preocupação com as garantias individuais em face do Estado, acabou por dispensar aos delitos hediondos o mesmo tratamento dado aos demais tipos penais incriminadores, sem exceção alguma, pois hoje já se admite até o início do cumprimento da pena no regime aberto (STRECK, 2008, p. 116).

Também no tráfico de drogas percebe-se claramente que o judiciário, ao arvorar-se à condição de legislador, e com base na proporcionalidade negativa, deu interpretação exclusivamente garantista aos artigos 33, parágrafo 4º; e 44, ambos da Lei nº 11.343/2006, para permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao julgar o HC nº 97.256/RS, na sessão do dia 1.9.2010, o Supremo Tribunal Federal, por meio do seu órgão julgador pleno, declarou inconstitucionais as expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contidas, respectivamente, no parágrafo 4º do artigo 33 e no artigo 44, ambos da Lei nº 11.343/2006, ao entendimento de que a vedação abstrata desses benefícios violaria os princípios da individualização da pena, da presunção de não culpabilidade e do acesso à justiça (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Ao defender a possibilidade de conversão, o relator Ministro Carlos Ayres Britto lembrou aos seus pares que, mesmo com o advento da Lei 8.072/1990, o Supremo Tribunal Federal continuava firme no reconhecimento da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no tráfico de droga praticado sob a égide da Lei nº 6.368/1976 (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Argumentou que a lei não pode impor vedações de benefícios penais ao réu além daquelas previstas na Constituição. Uma vez vedadas pela Constituição apenas a fiança, a graça e a anistia, não pode o legislador ordinário ampliar esse leque para incluir a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Asseverou, ainda, que a norma constitucional restritiva de direitos ou de garantias fundamentais deve ser contidamente interpretada, inclusive, ao ser aplicada pelo legislador comum.

Então, quando a norma constitucional determina em seu artigo 5º, inciso XLIII, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”, o faz impondo um limite material ao legislador ordinário (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Afirmou que o título (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) do capítulo em que foi inserido o artigo 5º, com seu inciso XLIII, só permite a ampliação da esfera de liberdade das pessoas naturais e não a restrição delas (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Chamou a atenção, também, para a necessidade de individualização da pena, não se podendo retirar do judiciário o poder-dever de ministrar ao delinquente a dose certa, ou a mais próxima da correta, do remédio que considere adequado à “cura” do “mal” de que é vítima o autor do delito. A alternatividade sancionatória é assim uma forma de viabilizar a personalização da reprimenda, que não pode ser extraída do julgador sob pena de inconstitucionalidade (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, garante que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”. O comando inserto nesse artigo, além de não ter imposto restrição alguma à garantia da individualização da pena, não permite que a lei anule o núcleo semântico dela. O que pode ocorrer é que a lei traga outras formas de sancionamento, mas não hipótese que retire do cidadão o direito à individualização da pena (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

A opção constitucional traduz que a pena privativa de liberdade corporal não é a única capaz de cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As penas alternativas também cumpririam bem esses papéis, cabendo ao juiz definir qual delas melhor se adequaria ao perfil do criminoso (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Alerta para o fato de a Constituição ter como regra a liberdade física das pessoas, vendo o aprisionamento como uma exceção.

É claro, como se vê desses argumentos, que em momento algum parou-se para refletir acerca dos interesses da vítima ou da sociedade como um todo!

O Ministro Joaquim Barbosa iniciou a divergência para defender a compatibilidade entre a impossibilidade de conversão da pena com a Constituição e com a realidade brasileira (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Asseverou que a conversão da pena é vedada em várias situações, não sendo um direito absoluto do réu. Além disso, afirmou que esse instituto não deriva diretamente da garantia constitucional da individualização da pena porque não é

dado ao juiz analisar de forma livre o cabimento ou não da conversão em qualquer situação concreta (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Defendeu, ainda, que o princípio da individualização da pena só teria sido violado se o legislador houvesse impedido de forma absoluta a realização da individualização judicial nos crimes hediondos em pelos menos um de seus dois momentos, quais sejam o da aplicação da pena prevista na lei pelo juiz sentenciante e o da execução e cumprimento da reprimenda pelo condenado (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Ademais, a proibição legal de substituição da pena no tráfico é apenas uma pequena restrição da esfera de atuação judicial na aplicação da pena e não extingue a possibilidade de individualização da pena (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Ao final, deferiu-se, parcialmente, a ordem de *habeas corpus*, não para assegurar ao paciente a imediata convalidação, mas para afastar o obstáculo imposto pela Lei nº 11.343/2006, e determinar ao juiz da execução a análise do preenchimento das condições objetivas e subjetivas previstas em lei para a substituição. Votaram pelo indeferimento do *habeas corpus*, além do Ministro Joaquim Barbosa, os Ministros Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 97.256/RS).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, passou à apreciação dos HC's nºs 92.687/MG e 100.949/SP, em que se discute a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, por não permitir a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico ilícito de drogas. Ainda não houve a conclusão do julgamento deste *habeas corpus*, contudo, há uma grande tendência em se considerar inconstitucional a proibição de concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico com esteio nos princípios da presunção de inocência e da individualização da pena (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 92.687/MG e HC nº 100.949/SP).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua sexta turma, tem permitido a concessão de liberdade provisória no tráfico de droga desde que ausentes as circunstâncias do artigo 312 do Código de Processo Penal (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 138.266/SP).

Como se vê destes precedentes tanto da Suprema Corte quanto do Superior Tribunal de Justiça, o judiciário está a igualar os crimes hediondos e equiparados a eles aos crimes comuns, o que é, em última instância, negar vigência à própria norma constitucional que prevê tratamento diferenciado àqueles delitos.

Ademais, é uma forma de negar vigência ao princípio da proibição de proteção deficiente pelo Estado, pois retira a eficácia de institutos criados para dar uma maior eficiência aos “remédios” prescritos pelo Estado para sanar a praga da violência e da criminalidade.

Outros exemplos de descaso do Judiciário pela segurança pública, alçada à condição de direito fundamental da sociedade pelos artigos 5º, *caput*; e 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, referem-se à ilegitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso interposto contra as decisões concessivas de liberdade provisória ou de progressão de regime (STRECK, 2008, p. 119).

Um dos argumentos usados para afastar essa possibilidade fala da criação de uma espécie de *habeas corpus* ao contrário, como se o *periculum in mora* só existe em prejuízo do réu e não da coletividade, sob uma perspectiva positiva do princípio da proporcionalidade (STRECK, 2008, p. 119).

Mas é possível sim ocorrer o *periculum in mora pro societate*, desde que se aceite a segurança pública como direito fundamental da coletividade. Desse modo, negar ao *Parquet* a legitimidade para impetrar mandado de segurança em matéria criminal equivale a admitir a existência apenas do lado negativo da proporcionalidade, deixando desamparada a segurança da sociedade (STRECK *apud* STRECK, 2008, p. 119).

Contrariando essa onda garantista, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 77.528/SP, declarou inconstitucional a concessão de indulto na hipótese de crimes hediondos (Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC nº 77.528/SP).

Apesar de a Carta Magna não vedar expressamente a concessão de indulto para os crimes hediondos, fazendo tal referência apenas à fiança, à graça e à anistia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que se a constituição, no artigo 5º, inciso XLIII, não permite a concessão de graça (que é o

indulto individual ou perdão individual), com mais razão não haveria de admitir a hipótese de indulto, que seria o perdão coletivo, aos autores de crime hediondo.

A Constituição Federal, no artigo 84, inciso XII, ao fazer alusão à competência do presidente da república para conceder indulto, refere-se a esse instituto no sentido amplo, de modo a abranger tanto o indulto individual (graça) como o coletivo (indulto). Portanto, na expressão graça há de se compreender também o indulto.

São decisões como essa que dão certa esperança de que o Judiciário reveja e revise o princípio da proporcionalidade com uma postura mais sóbria e independente, de modo a vê-la como instrumento de realização e de proteção dos direitos fundamentais também da sociedade, hoje totalmente refém do banditismo e da violência.

CONCLUSÃO

Este estudo pôs em evidência a existência do princípio da proporcionalidade sob duas perspectivas: como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais pelo Estado.

Essa percepção decorreu da explicitação da dupla natureza dos direitos fundamentais, tidos como direitos de defesa e como imperativos de tutela. Na condição de direitos de defesa, o princípio da proporcionalidade vem ao socorro dos direitos fundamentais como mecanismo de defesa deles contra eventual excesso praticado pelo Estado contra o indivíduo (ideal iluminista).

Como imperativos de tutela, o princípio da proporcionalidade atua a fim de evitar inconstitucionalidades do Estado, cometidas ou por meio de omissão ou por meio de uma ação ineficiente na proteção e na efetivação dos direitos fundamentais contra ataques de terceiros.

Nessa hipótese, a providência estatal só será tida por adequada se vier a proteger o direito fundamental de maneira, minimamente, eficiente. Será tida como necessária se não houver medidas alternativas que realizem de modo mais favorável o direito fundamental. E o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito restará atendido quando a providência estatal não ficar aquém do que se tem como mínimo para a realização do direito fundamental.

Essa visão dos direitos fundamentais como imperativos de tutela e do princípio da proporcionalidade sob um viés positivo é algo relativamente incipiente no Brasil, porém, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, posicionou-se no sentido da existência dessa face positiva do princípio da proporcionalidade e da obrigação do Estado de proteger os direitos fundamentais, inclusive em face de violação perpetrada por particular.

Assim, os direitos fundamentais não só podem ser invocados pelo indivíduo contra o Estado, como forma de impedir uma intervenção excessiva dos poderes públicos na esfera dos direitos privados, mas também por um particular contra outro.

Essa possibilidade decorre do aspecto objeto dos direitos fundamentais, que vinculam toda ordem jurídica, que lhes deve observância, atuando como verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado.

O poder público possui certa liberdade de conformação quanto às formas de concretização do dever de proteção dos direitos fundamentais. A maneira de realização dele surge à medida que a necessidade é identificada pela própria ordem constitucional (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 3.510).

Um exemplo de instrumento de que dispõe o Estado para cumprir sua missão de proteção dos direitos fundamentais é a norma penal em sentido amplo.

A Constituição Federal de 1988 traz, expressamente, amplíssimo rol de mandatos de criminalização voltado à proteção desses caros direitos, que traz a lume um direito subjetivo à observância do dever de proteção, também chamado de direito fundamental à proteção, passível de ser exercido em face do Estado (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 3.112/DF).

Ou, ainda que não se reconheça, na generalidade dos casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se como certo o dever do poder público de tomar todas as providências imprescindíveis à realização ou à concretização dos direitos fundamentais.

A doutrina alemã classifica esses deveres de proteção como: a) dever de proibição, consistente no dever do Estado de coibir determinadas condutas; b) dever de segurança que impõe ao poder público o dever de proteger o indivíduo contra ataque de terceiros mediante adoção de medidas diversas; e c) o dever de evitar riscos, por meio do qual cabe ao Estado tomar providências no sentido de prevenir ou de evitar riscos para o cidadão em geral, por meio da adoção de medidas de proteção ou de prevenção.

Além dos referidos mandatos explícitos de criminalização, há os implícitos que decorrem da ordem de valores estabelecida pela Constituição.

Dessa forma, os mandatos de criminalização impostos pela constituição são meios de concretização e de proteção dos direitos fundamentais a serem realizados pelo poder público.

Às vezes, pela fragilidade da reprimenda imposta, o Estado acaba por violar um direito fundamental, o que, em última instância, configura-se como inobservância do princípio da proibição de proteção insuficiente.

No caso do *habeas corpus* nº 84.078/MG, ora objeto de estudo, o Supremo Tribunal Federal, mesmo diante de réu condenado em primeiro e segundo graus de jurisdição, concedeu-lhe a ordem para que esperasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória, mesmo havendo nos autos fortes indícios de que o paciente queria furtar-se à aplicação da lei penal.

Não obstante a existência de lei vedando efeito suspensivo aos recursos extraordinários, o judiciário enxergou o princípio da proporcionalidade apenas pela vertente da proteção do indivíduo contra os excessos do Estado (proibição de excesso).

Essa visão unilateral da proporcionalidade implica descrença nos poderes público e, principalmente, no Judiciário, pois ao relutar em dar efetividade ao lado positivo da proporcionalidade, acaba por se auto enfraquecer, além de criar uma cultura de que o crime compensa.

A precariedade do sistema prisional brasileiro, bem como o difícil acesso à justiça, em razão da deficiente estrutura da defensoria pública no Brasil, são argumentos robustos usados para justificar essa propensão ao garantismo penal que teima em ver o Estado apenas como algoz dos direitos fundamentais.

Apesar dessa visão prevalecente no judiciário hoje, há alguns julgados do Supremo Tribunal Federal tendentes a desvendar o lado positivo da proporcionalidade. Cita-se como exemplo o RE nº 418.376/MS, em que preponderou o entendimento de que a extinção da punibilidade pela convivência marital entre o estuprador e a vítima seria violar o princípio da proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais pelo Estado.

A visão unilateral do princípio da proporcionalidade, em que o réu é vítima em potencial do Estado, há de ser extirpada da jurisdição, sob pena de as garantias constitucionais relativas à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à integridade física perderem o sentido diante da impossibilidade do exercício delas em uma sociedade em que a violência e a criminalidade imperam.

Assim o direito à segurança pode ser traduzido na tranquilidade de os indivíduos poderem exercer essas garantias fundamentais, sem serem molestados por outros indivíduos perniciosos.

Diante de tudo que foi visto, é um fato a visão monovalente do princípio da proporcionalidade pelo judiciário, o que é compreensível se consideradas as condições inadequadas das prisões brasileiras e o difícil acesso à justiça. Contudo, percebe-se, apesar de lento, um caminhar na direção do lado positivo da proporcionalidade, por meio do qual se dará efetividade aos direitos fundamentais da coletividade por meio do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. 11ª ed., São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. **CÓDIGO PENAL**. 11ª ed., São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. 11ª ed., São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. **LEI Nº 11.343/2006**. 11ª ed., São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. **LEI Nº 8.072/1990**. 11ª ed., São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. **LEI Nº 6.368/1976**. 11ª ed., São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 84.078, Pleno, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 418.376, Pleno, Brasília, DF, 23 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi nº 3.112, Pleno, Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi nº 3.510, Pleno, Brasília, DF, 27 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 97.256, Pleno, Brasília, DF, Informativo nº 598, 3 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 92.687 e HC 100.949, Pleno, Brasília, DF, Informativo nº 599, 10 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 77.528, Pleno, Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70010325355, 7ª Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 21 de março de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70008609919, 7ª Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 3 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70010094696, 7ª Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 29 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 1º nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 138.266, 6ª Turma, Brasília, DF, 18 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em: 15 nov. 2010.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal:** garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. 2008. 134 f. Dissertação (doutorado)-Universidade de Valladolid da Espanha. 2006.

_____, **A Constituição Penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223 p.

FISCHER, Douglas. **A Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial:** possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. Boletim dos Procuradores da República, nº 79, p.16-24, mar., 2008. Disponível em: http://www.anpr.org.br/portal/files/boletim_79.pdf. Acesso em: 30.out.2010. 14:00.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Proporcionalidade:** notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. Coletânea de estudos jurídicos. Brasília. P. 191-207. 2008.

SARMENTO, Daniel. **A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais:** fragmentos de uma teoria. Belo Horizonte. P. 251-314, 2002.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição Deficiente:** a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161 f. Dissertação (Mestrado)-Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2008.